DER § 1160 BGB.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER JURISTEN-FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK IN MECKLENBURG

VORGELEGT VON

HEINRICH SÖHNHOLZ
REFERENDAR.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1912.

Referent: Professor Dr. Walsmann

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Grundlagen 6
§ 3. Aktivlegitimation 16
§ 4. Dispositiver Charakter 26
§ 5. Zusammenfassung 36

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0144

Literaturverzeichnis.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1903.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 5. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen 1905.

Dernburg, Sachenrecht. 4. Aufl. Halle a. d. Saale 1908.

Dernburg, Das preußische Hypothekenrecht. Leipzig 1891.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle 9. Aufl. München 1912.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1901.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht. Mannheim 1895.

Hallbauer, Das deutsche Hypothekenrecht. Leipzig 1901.

Jacobi, Wertpapiere.

Jaeckel in Gruchots Beiträgen Bd. 49 Heft 4/5.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 20. Berlin 1909.

Juristische Wochenschrift. 30. Jahrg. Berlin 1901.

Juristische Wochenschrift. Beilage 1903.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erläutert von Reichsgerichtsräten.

Kretzschmar, Sachenrecht. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Männer, Sachenrecht. 2. Aufl. München 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hamburg 1898.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 2. Aufl. München 1904.

Neumann, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts. Königsberg 1899.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1906.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Schleswig-Holsteinsche Anzeigen. 74. Jahrg.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 18. Aufl.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. Bd. 1. Paderborn 1906.

Windscheid, Pandekten.

Wolff, Sachenrecht.

Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Halle a. d. Saale 1901.

§ 1.

Die Hypothek erscheint in der Regel in der Form der Briefhypothek. Das hat seinen Grund in der gesetzlichen Bestimmung des § 1117 Abs. 1 BGB., wonach über die Hypothek ein Brief zu erteilen ist. Ihr steht gegenüber die Buchhypothek. Beide Arten der Hypothek haben grundlegende Verschiedenheiten. Dies zeigt sich einmal bei dem Erwerb der Hypothek durch den Hypothekengläubiger, dann aber insbesondere bei der Übertragung der Hypothek, einem Vorgange, der bei der Buchhypothek stets aus dem Grundbuche ersichtlich sein muß. Die Briefhypothek kann aber auch außerhalb des Grundbuches übertragen werden. Um dieser Art der Übertragung dieselbe Sicherheit zu gewährleisten wie einer Eintragung ins Grundbuch, ist im § 1155 BGB. durch die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 891—899 der legitimierte Besitzer des Briefes dem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt. Eine derartige Maßnahme zugunsten des Gläubigers brachte aber dem Hypothekbelasteten Gefahr. Auf Grund allgemeiner Rechtssätze kann der Hypothekenschuldner, wenn die Hypothek gegen ihn geltend gemacht wird, nur den Beweis des Rechts bezw. der

Erwerbung desselben von demjenigen, der als der Berechtigte auftritt, verlangen. Bei der erwähnten Gestaltung des Gläubigerrechtes ist dieser Beweis aber nicht genügend, weil es nicht ausgeschlossen ist, daß der Erwerber der Hypothek inzwischen über dieselbe zugunsten eines Dritten verfügt hat. Dagegen mußte der Eigentümer geschützt werden können. Das ist im Bürgerlichen Gesetzbuche dadurch geschehen, daß dem Hypothekenschuldner die Rechte aus dem § 1160 BGB. gegeben worden sind.

Diese Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches erklärt sich durch seine Entstehungsgeschichte. In den älteren Gesetzen ist das Schutzbedürfnis des Hypothekenschuldners wenig beachtet. Die preußischen Grundbuchgesetze waren hier die ersten, welche derartige Bestimmungen enthielten; sie sagen aber nichts darüber, ob der Schuldner vom Gläubiger die Vorlegung des Hypothekenbriefes verlangen kann. Da sie diese Frage unbeantwortet lassen, treffen sie auch sonst keine Bestimmung darüber, wie sich der dingliche Gläubiger bei Verfolgung seines Rechtes zu legitimieren habe.[1]) Einen Schritt vorwärts in dieser Entwicklung bringt das mecklenburgische Recht. Es verlangt die Beibringung eines Hypothekenscheins.[2]) In Anlehnung an die §§ 18 u. 37 preuß. EEG. nahm die Praxis an, daß

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 775.

[2]) v. Meibom, Das mecklenburg. Hypothekenrecht S. 166ff.

die Eintragung unabhängig von dem Nachweise des Besitzes des Briefes das Klagfundament bilde.[1]) Diesen Standpunkt hatte man auch dem 1. Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde gelegt. Der § 1161 des 1. Entw. bestimmte: Zur Geltendmachung des Rechts aus der Briefhypothek ist nur derjenige berechtigt, der den Hypothekenbrief vorlegt usw. Es wurde dies damit begründet, daß der Gläubiger nicht bloß die Erwerbung der Hypothek, sondern auch durch Vorlegung des Hypothekenbriefes und, wenn er nicht als Gläubiger eingetragen sei, der Übertragungsurkunden den Nachweis zu führen habe, daß er auch jetzt noch das Gläubigerrecht habe; es sei nicht genug, wenn die Vorlegung nur als Voraussetzung des gerichtlichen Urteils oder für ähnliche Fälle vorgeschrieben werde. In der 2. Lesung sah man in dieser Normierung aber eine große Gefahr für den Gläubiger und nahm deshalb den § 1065 des 2. Entw. an. Die Protokolle begründen das damit, daß es genüge, die Leistungspflicht des Schuldners von der Vorlegung des Hypothekenbriefes abhängig zu machen und dementsprechend den Urteilstenor zu fassen.

Dem § 1065 des 2. Entw. entspricht der § 1160 BGB. Dieser Paragraph lautet:

> Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes

---

[1]) Fuchs Bd. 1 S. 509.

ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuche eingetragen, so sind auch die im § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden vorzulegen.

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Diese Vorschriften gelten nicht für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche.

Hieraus ergeben sich zwei Rechte, das Widerspruchsrecht nach Abs. 1 und das Zurückweisungsrecht nach Abs. 2. Beide Rechte beruhen auf demselben Prinzip. Während das erstere allgemein gefaßt ist, hat der Abs. 2 gemäß dem rechtlichen Charakter der Kündigung und Mahnung eine besondere Formulierung erhalten. Es handelt sich im Abs. 1 um die Geltendmachung schlechthin, worunter insbesondere die gerichtliche Geltendmachung fällt, im Abs. 2 um die Kündigung und Mahnung, Fälle der außergerichtlichen Geltendmachung. Im großen und ganzen wird man mit der herrschenden Ansicht der Literatur unter den Abs. 1 die Fälle der gerichtlichen, unter den Abs. 2 der außergerichtlichen Geltendmachung der Hypothek zu sub-

sumieren haben.[1]) Ob aber im Fall einer außergerichtlichen Geltendmachung — abgesehen von Kündigung und Mahnung — der Abs. 1 oder der Abs. 2 Anwendung findet, wird je nach der rechtlichen Beschaffenheit des betreffenden Geschäftes zu beurteilen sein. Gerichtet sind diese beiden Rechte auf die Vorlegung des Hypothekenbriefes.[2]) Diese Vorlegung ist wohl zu unterscheiden von der Aushändigung des Hypothekenbriefes, wie sie nach erfolgter Zahlung der Hypothekenschuld zu geschehen hat. Bei der Aushändigung gibt der Gläubiger den Brief fort, weil er befriedigt ist, bei der Vorlegung legt er ihn vor, um dem vom Gegner geltend gemachten Vorlegungsrechte zu genügen. Jene Vorlegungsrechte finden ihren Ausdruck in der Erhebung des Widerspruchs bezw. der Zurückweisung wegen mangelnder Briefvorlegung.[3]) Sie wenden sich

---

[1]) Die Geltendmachung der Hypothek bedeutet die Verfolgung des dinglichen Anspruches. Diese findet aber im Sinne des § 1160 nicht nur dann statt, wenn der Gläubiger die dingliche Klage erhebt, sondern auch wenn er außergerichtliche Befriedigung betreibt.

[2]) Vorlegung bedeutet, daß der Gläubiger es seinem Gegner ermöglichen muß, so in den Brief bezw. die Urkunden Einsicht zu nehmen, daß er sicher sein kann, an den wirklich Berechtigten zu zahlen.

[3]) Der Ausdruck Widerspruch hat im Bürgerlichen Gesetzbuch eine mehrfache Bedeutung. Er kommt vor als Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 899), gegen den Überbau (§ 912), gegen den Pfandverkauf und gegen die Entfernung der

gegen die Geltendmachung, also gegen den Hypothekengläubiger, und ermöglichen dem Hypothekenschuldner, sich von dem Rechte des Gläubigers zu überzeugen.

Die Frage, die sich bei der Untersuchung dieser Rechte zunächst in den Vordergrund stellt, ist die: Welcher Natur sind die Vorschriften des § 1160 BGB., insbesondere welche Stellung nehmen sie unter den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Hypothekenrecht ein?

§ 2.

Die Hypothek wird im § 1113 BGB. definiert. Es heißt dort:

> Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek).

Der Gesetzgeber will also in dieser Bestimmung die wesentlichen Bestandteile, die zusammen das Wesen der Hypothek ausmachen, festlegen. Die wesentlichen Bestandteile sind folgende. In erster Linie muß ein

---

Sachen des Mieters (§§ 560, 561). Im § 899 hat der Widerspruch einen engeren Sinn des Inhalts, daß der Widersprechende die positiv grundbuchmäßige Anerkennung des bestehenden dinglichen Rechts erstrebt, im übrigen einen weiteren Sinn; er ist dann allgemein gegen die Geltendmachung eines Rechts gerichtet.

Grundstück vorhanden sein; doch können den Gegenstand der Hypothek auch die den Grundstücken gleichgestellten Berechtigungen und Bruchteile von Grundstücken gemäß § 1114 BGB. bilden. Dieses Grundstück muß dann hypothekarisch belastet werden. Unter Belastung versteht § 1113 die rechtsgeschäftliche. Sie vollzieht sich in derselben Weise, in der sonst ein dingliches Recht an einem Grundstück bestellt wird. Der hier einschlagende § 873 BGB. erfordert Einigung zwischen dem Eigentümer und Gläubiger über die Bestellung der Hypothek einerseits und die Eintragung andererseits. Hinsichtlich der Art und Weise der Eintragung trifft § 1115 BGB. die näheren Bestimmungen. Ferner muß jemand vorhanden sein, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt. Das ist der Gläubiger der Hypothek, der Hypothekar. Er muß eine bestimmte Person sein, und zwar die, welche Inhaber der zu sichernden Forderung ist, da eine Hypothek nicht als subjektiv dingliches Recht bestellt werden kann. Inhalt der hypothekarischen Belastung kann nur die Zahlung einer bestimmten Geldsumme sein. Der Geldbetrag der Forderung ist deshalb in einer zahlenmäßig bestimmten Summe anzugeben. Wesentlich ist ferner, daß auch die gesicherte Forderung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist. Gerade dem Gläubiger muß sie dann zustehen und der Art nach so bezeichnet sein, daß sich die Merkmale für die Unterscheidung von anderen Forderungen ergeben, insbesondere müssen Gläubiger,

Gegenstand, Schuldgrund und Schuldner deutlich erkennbar sein. Schließlich gehört noch zum Wesen der Hypothek, daß aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Wie dies zu erfolgen hat, bestimmt der § 1147 BGB.:

> Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.

Letztere regelt sich nach dem Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken.

Vorstehende Momente machen zusammen das Wesen der Hypothek aus, und zwar in der Art, daß keines von ihnen fehlen darf, ohne daß zugleich auch die Hypothek hinfällig würde. Sind aber diese begriffswesentlichen Momente vorhanden, so ist die Existenz der Hypothek erwiesen. Weitere Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf. Daraus können wir für unser Problem den Schluß ziehen, daß § 1160 BGB. für den Begriff der Hypothek gleichgültig und unwesentlich ist. Rechnen wir das Vorlegungsrecht des Hypothekars, das § 1160 gewährt, im allgemeinen mit zur Hypothek, so können wir dieses Recht, wenn wir bezüglich desselben überhaupt noch von einem Bestandteil der Hypothek sprechen wollen — was aber richtiger zu vermeiden ist — höchstens als einen unwesentlichen Bestandteil bezeichnen. Jedenfalls zu den wesentlichen Bestandteilen der Hypothek gehört es nicht. Die Folge davon ist, daß es für den

Bestand der Hypothek prinzipiell nichts ausmacht, ob das Vorlegungs- und Zurückweisungsrecht aus dem erwähnten Paragraphen vorhanden ist.

Indessen könnte man meinen, daß sich das ändere, wenn man von dem allgemeinen Begriff der Hypothek zu einer besonderen Art derselben übergeht. Da es sich im § 1160 um die Vorlegung des Briefes handelt, so ist die Briefhypothek unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Gemäß § 1116 Abs. 1 BGB. wird, falls nicht eine Buchhypothek von den Parteien gewollt ist und Abs. 2 Platz greift, über die Hypothek ein Brief erteilt. Fraglich erscheint es, ob hierdurch die Hypothek in ihrem Wesen eine Änderung erfährt und ein besonderer Unterbegriff — Oberbegriff: Hypothek, Unterbegriff: Briefhypothek — geschaffen wird, für den der Brief begriffswesentlich ist. Das Vorlegungsrecht steht im engsten Zusammenhang mit dem Brief, und so liegt der Gedanke nahe, daß unser Vorlegungsrecht zu den begriffswesentlichen Bestandteilen der Briefhypothek gehören könnte.

Zweifellos ist jedenfalls, daß die Erteilung des Briefes nicht ganz bedeutungslos ist; ja es wird mit dem Briefe in gewisser Weise das Recht aus der Hypothek verbunden. Diese Verbindung ist eine innige. Wie eng dieselbe ist, mag daraus erhellen, daß der Gläubiger einer neu eingetragenen Hypothek dieselbe erst mit der Übergabe des Briefes erwirbt. Auch der Umstand, daß das Eigentum an dem Briefe nur dem Hypotheken-

gläubiger zusteht (§ 952 BGB.), ferner daß die Urkunde nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein, z. B. nicht verpfändet werden kann, sind Zeichen dafür, daß die Verbindung des Briefes mit der Hypothek doch einen relativ hohen Grad erreicht. Ebenso ist zur Übertragung des hypothekarischen Rechts die Übergabe des Briefes erforderlich. Daneben ist die Eintragung der Abtretung nicht unbedingt nötig; es genügt eine schriftliche Abtretungserklärung. Die Übertragung kann also auch außerhalb des Grundbuches durch schriftliche Abtretungserklärung in Verbindung mit der Übergabe des Briefes erfolgen. Der Hauptzweck des Briefes besteht eben darin, die Verkehrsfähigkeit des verbrieften Rechts zu fördern. Der Brief hat deshalb eine selbständige vermögensrechtliche Bedeutung. Freilich ist er, da er nicht Träger des Hypothekenrechts ist, kein Wertpapier. Das Bestehen der Hypothek ist vielmehr von der Eintragung abhängig. So steht der Brief zwar in engster Beziehung mit der Hypothek, aber eine Änderung der rechtlichen Voraussetzungen, insbesondere der wesentlichen Bestandteile der Hypothek, wird durch ihn nicht hervorgerufen. Das Wesen derselben wird durch ihn nicht geändert. Die begriffswesentlichen Bestandteile der Briefhypothek sind vielmehr dieselben wie bei der Hypothek. Der Brief hat den Zweck, bei einer bestimmten Art von Hypotheken die Verkehrsfähigkeit zu erhöhen, ihren Umsatz zu erleichtern. Aber an dem Wesen der Briefhypothek ändert er nichts. Ein begrifflicher Unterschied

in der Weise, daß die Briefhypothek ein Mehr von wesentlichen Bestandteilen erforderte als die Hypothek im allgemeinen, besteht nicht. Daraus ergibt sich denn auch hier für unser Vorlegungsrecht die Konsequenz, daß es auch bei der Briefhypothek nicht zu den wesentlichen Bestandteilen gehört.

Wenn nun § 1160 BGB. nicht zu den Vorschriften zählt, die zusammen die wesentlichen Momente der Hypothek ergeben, welche Stellung nimmt er dann im Hypothekenrechte ein?

Mit den wesentlichen Vorschriften, die wir bisher betrachtet haben, ist das Institut der Hypothek nicht erschöpft. Vielmehr ist mit der Hypothek ein gewisses schuldrechtliches Verhältnis verbunden. Es ist hier die Rechtslage bei der Hypothek wie nahezu bei allen dinglingen Rechten an fremder Sache. Durch das dingliche Recht an fremder Sache wird eine Rechtsbeziehung zwischen dem Inhaber dieses Rechts und dem Eigentümer begründet, die sich keineswegs auf die bloße Machtbefugnis des dinglich Berechtigten in bezug auf die fremde Sache beschränkt. Vielmehr entwickelt sich aus der zugrunde liegenden Hauptbeziehung eine Reihe weiterer Verpflichtungen und Berechtigungen, deren funktioneller Zweck darin besteht, die sich aus der Kollision der widerstreitenden Interessen beider Berechtigten ergebenden Gegensätze auszugleichen, insbesondere jeden der Berechtigten in seinen Interessen zu schützen, und sodann die Abwicklung des Verhältnisses, das anders

als das Eigentum regelmäßig zeitlich beschränkt ist, zu fördern. Diese sekundären Beziehungen tragen relativen Charakter; sie beschränken sich auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Berechtigtem und berühren die Außenwelt wenig oder gar nicht. Sie sind durchaus schuldrechtlicher Art. Somit haben wir bei der Hypothek zwischen dem eigentlich dinglichen und dem schuldartigen Verhältnis zu unterscheiden. Das dingliche Verhältnis bildet den Hauptkern der Hypothek, ist aber mit einer Anzahl obligatorischer Leistungspflichten umgeben. Das schuldrechtliche Verhältnis umfaßt alle die nebenläufigen kleinen Pflichten des betreffenden Rechtsinstituts, wie z. B. den Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes bei Befriedigung des Gläubigers, und dazu gehört auch die Leistungspflicht auf Vorlegung des Briefes nach § 1160 BGB.

Im römischen Rechte wurden diese obligatorischen Beziehungen bei dem Pfandrecht durch den contractus pigneraticius besonders zum Ausdruck gebracht. Man unterschied hier streng zwischen dem dinglichen und obligatorischen Teil. Die obligatorischen Wirkungen traten mit dem Abschluß des genannten contractus ein. Er begründete ein persönliches Forderungsrecht gegen den Pfandnehmer auf Rückgabe des Pfandes. Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat man von diesem Kontrakt abgesehen. Man hat hier vielmehr diese kleinen Pflichten mit ins Sachenrecht hineingearbeitet. Es ist daher im einzelnen Falle zu untersuchen, welcher Art die be-

treffende Vorschrift ist. Die dinglichen Rechte kennzeichnen sich dadurch, daß sie dem dinglich Berechtigten gegenüber den Willen eines jeden Dritten fesseln, sie sind, wie sich das ganz besonders beim Eigentum zeigt, absoluter Natur. Die obligatorischen Rechte dagegen binden dem Berechtigten gegenüber nur den Willen eines bestimmten einzelnen oder einer bestimmten Mehrheit. Dieses Kriterium wenden wir nun auf den § 1160 an. Die Frage lautet also: Hat der Gläubiger die Rechte aus § 1160 BGB. gegen jeden Dritten oder kann er den Inhalt seiner Berechtigung nur gegen einen Bestimmten geltend machen? Die Antwort lautet: Nur gegen den, der die Geltendmachung der Hypothek betreibt, kann der Eigentümer auf Grund des § 1160 BGB. sein Vorlegungs- und Zurückbehaltungsrecht ausüben. Das bedeutet, daß diese Rechte keine dinglichen sind. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man behauptet, die Rechte aus § 1160 betreffen nur das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Eigentümer und Hypothekar.

Nun ist aber das Widerspruchs- und Zurückweisungsrecht durch ausdrückliche Bestimmung dem gegeben, der mit der Hypothekenklage belangt wird. Das wird regelmäßig der Eigentümer des belasteten Grundstückes sein. Diesen hat der Gesetzgeber auch insbesondere im Auge gehabt, wie aus den Vorschriften der §§ 1160 Abs. 2 u. 1161 BGB. hervorgeht. Passiv legitimiert ist also für die dingliche Klage in erster Linie der Eigentümer des Pfandgrundstücks und, wenn dieser in Konkurs

verfallen ist, die Konkursmasse.[1]) Die Rechte aus § 1160 stehen also in erster Linie dem Eigentümer zu. Es liegt daher die Frage nahe, ob wirklich die Vorschrift des § 1160 obligatorischer Art sei, oder ob sie nicht vielleicht doch ein Ausfluß des Eigentums des Hypothekbelasteten sein könne. In der Literatur ist diese Frage, soweit wir sehen, kaum berührt. Nur Crome[2]) hat, wenn auch nicht ausdrücklich, zu ihr Stellung genommen. Von ihm wird das Widerspruchsrecht unter den Einwendungen aufgezählt, die sich auf das persönliche Rechtsverhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner beziehen. Er teilt die Einwendungen des Pfandschuldners in zwei Gruppen, nämlich 1. in die, welche sich auf das Pfandrecht selbst und den daraus hervorgehenden Anspruch des Gläubigers, und 2. in die, welche sich auf das persönliche Rechtsverhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner beziehen. Diese Unterscheidung hat er entsprechend derjenigen bei Orderpapieren vorgenommen.[3]) Der letzteren Art von Einwendungen ist nach ihm das gemeinsam, daß sie in gleicher Weise durchdringt, mag der Gläubiger der ursprünliche oder ein späterer Pfandgläubiger sein. Er zählt hierhin den

---

[1]) Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so genügt die bloße Bezugnahme darauf, sonst muß der klagende Gläubiger das Eigentum des Beklagten nachweisen.

[2]) Crome Bd. 3 S. 767.

[3]) Crome Bd. 2 § 314 Ziff. 6.

Einwand der bereits geleisteten Zahlung an den jetzigen Kläger, den der Aufrechnung mit einer dem Pfandschuldner gegen den Kläger zustehenden Forderung und sodann auch die Rüge, daß der Gläubiger eines Briefpfandrechts bei der Geltendmachung desselben auf Verlangen des Pfandschuldners den Pfandbrief vorlegen muß. Näher geht auch Crome auf diese Frage nicht ein. Er führt nur aus, worauf sie sich beziehen. Wenn er aber die Rechte aus § 1160 auf das persönliche Schuldverhältnis zwischen Hypothekar und Eigentümer bezieht, so liegt darin auch der Hinweis, daß er es als ein Recht ansieht, welches auf dem Schuldverhältnis zwischen den beiden basiert. Das dürfte auch das Richtige sein; denn die Vorschrift des § 1160 bezieht sich, wie oben ausgeführt, nur auf das zwischen dem Hypothekar und dem Eigentümer bestehende obligatorische Verhältnis. Man wird deshalb nicht nur mit Crome sagen können, die Vorschrift des § 1160 bezieht sich auf das persönliche Schuldverhältnis zwischen Hypothekar und Eigentümer, sondern sagen müssen: gerade in den eigenartigen Beziehungen obligatorischer Natur zwischen dem Hypothekar und dem Hypothekbelasteten, nicht aber im Eigentum des letzteren hat sie ihren Ursprung und ihre Begründung.

Wir kommen auf Grund unserer bisherigen Ausführungen also zu folgendem Ergebnis: Die Rechte aus § 1160 BGB. gehören nicht zu den wesentlichen Bestandteilen der Hypothek und betreffen nicht das dingliche,

sondern das eigenartig schuldrechtliche Verhältnis zwischen Hypothekar und Eigentümer.

§ 3.

Die Bedeutung dieser Erörterung zeigt sich bei der Geltendmachung der Hypothek. Sie gipfelt in der Frage: Gehört die Vorlegung des Briefes zur Aktivlegitimation des Hypothekars? Unter Aktivlegitimation versteht man die Feststellung, daß diejenigen Klagetatsachen gegeben sind, welche die Berechtigung in der Person des Klägers als vorhanden erscheinen lassen. Für den Hypothekar handelt es sich also darum, ob diejenigen Tatsachen gegeben sind, welche das Recht aus der Hypothek bilden. Behauptet er diese Tatsachen, so ist seine Klage begründet. Liquide aber ist sie erst, wenn sie ihm keine Schwierigkeiten mehr macht, wenn also die vorgebrachten Tatsachen entweder unbestritten sind oder aber der Beweis ihrer Wahrheit erbracht ist. Zu diesen vom Kläger darzutuenden Tatsachen gehört alles, was wesentliche Voraussetsung der Hypothek ist. Das muß also der Kläger dartun, wenn er nicht von vornherein mit seiner Klage abgewiesen werden will. Wenn wir nun aus den gewonnenen Resultaten für die Aktivlegitimation die Konsequenz bezüglich des Vorlegungsrechtes ziehen, müssen wir konstatieren: Das Vorlegungsrecht gehört nicht zu den wesentlichen Bestandteilen der Hypothek, also braucht derjenige, der

Rechte aus einer Hypothek herleitet, jedenfalls insoweit, als er die Existenz der Hypothek substantiiert, nicht zu behaupten, daß er das Vorlegungsrecht des Beklagten erfüllt habe.

Das Vorlegungsrecht entspringt aus dem Schuldverhältnis zwischen Hypothekar und Eigentümer. Daraus gewinnen wir die richtige Beurteilung des Vorlegungsrechtes gemäß § 1160. Das Vorlegungsrecht soll den Eigentümer gegen die Gefahr schützen, welche die Briefhypothek gerade mit Rücksicht auf die erleichterte Übertragbarkeit mit sich bringt. Es besteht lediglich im Interesse des Eigentümers, und daher muß es dem Eigentümer überlassen bleiben, ob er das Recht geltend machen will oder nicht. Der Beklagte kann nun im allgemeinen die vom Kläger behaupteten Tatsachen zugestehen, aber seinerseits etwas Besonderes behaupten. Das tut der Eigentümer, wenn er sich auf § 1160 beruft. Er behauptet zwar keine Tatsache, die den klägerischen Anspruch entweder in der Entstehung gehindert oder nach der Entstehung aufgehoben hätte — rechtshindernde und rechtsaufhebende Einwendungen —, sondern er behauptet, ein selbständiges Gegenrecht zu haben, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen. Er macht also eine Einrede geltend.

Zu diesem Ergebnis kommen wir notgedrungen, wenn wir bedenken, daß die Leistungspflicht auf Vorlegung des Hypothekenbriefes nicht zu den wesentlichen Voraussetzungen der Hypothek und daher auch nicht

zu den vom Kläger zu der Begründung seiner Klage zu behauptenden und zu beweisenden Tatsachen, also seiner Aktivlegitimation, gehört, daß sie vielmehr nur das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Eigentümer und Hypothekar betrifft. Die Konsequenz ist also: Der § 1160 BGB. gewährt dem Eigentümer nur eine Einrede, ein Leistungsverweigerungsrecht.[1])

Wer die Geltendmachung der Hypothek betreibt, muß Gläubiger der Hypothek sein und sich als solcher legitimieren können. Er muß also zu der Begründung seiner Klage dartun, daß ihm gerade dieses Recht gegen diesen Beklagten zusteht. Darunter ist der Anspruch auf Gestattung der Befriedigung aus dem Grundstück des Eigentümers zu verstehen; denn es handelt sich im § 1160 lediglich um den dinglich hypothekarischen Anspruch, ferner auch nur um die Briefhypothek. Während sich bei der Buchhypothek der Kläger zur Begründung seiner Legitimation auf seine Eintragung ins Grundbuch beruft, muß bei der Briefhypothek der ins Grundbuch eingetragene Gläubiger die Übertragung des Briefes oder einen Übergabeersatz dartun; der Nichteingetragene muß dagegen auch sein Nachfolgerecht beweisen. Zu dieser Aktivlegitimation hat der § 1160 noch die Vorlegung des Briefes bezw. der Übertragungs-

[1]) Das ist wichtig für die Beweislast. Während eine Einwendung vom Richter auch beim versehentlichen Vorbringen des Klägers berücksichtigt werden muß, werden Einreden nur dann beachtet, wenn Beklagter sie vorbringt.

urkunden hinzugefügt und dem Schuldner das Recht gegeben, falls die Vorlegung nicht erfolgt, der Geltendmachung zu widersprechen. Der Abs. 2 des § 1160 weist aber auch auf die außergerichtliche Geltendmachung hin. Doch diese mag einstweilen außer Betracht bleiben. Wird im Prozesse die Aktivlegitimation vom Gegner bestritten und bringt der Kläger dann nicht den Beweis dafür, so ist die Klage nicht begründet. Die Folge ist, daß der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen wird. Dieselbe Wirkung wird aber auch erzielt, wenn der Beklagte mit einer Einwendung oder Einrede durchdringt. Jedoch ist die Beweislast in beiden Fällen eine verschiedene. Die Aktivlegitimation muß immer der Kläger dartun, die Einwendungen und Einreden dagegen der, welcher sie vorbringt, der also einen rechtlichen Vorteil daraus ziehen wird. Aus diesem Gesichtspunkte ist es von Wichtigkeit, wie man das Widerspruchsrecht des Beklagten nach § 1160 BGB. auffassen will.

Die Antwort auf diese Frage ergab sich für uns bereits oben bei der prinzipiellen Untersuchung des Vorlegungsrechtes.

Die Literatur geht hinsichtlich dieser Frage auseinander. Den unmittelbaren Anlaß zu dieser Streitfrage haben die Motive gegeben. Wir verweisen hier auf die Ausführungen oben.[1]) Die Vorlegung des Briefes sollte nach dem 2. Entwurfe keine zur Begründung des

[1]) vgl. S. 3ff.

Anspruchs des Klägers erforderliche Tatsache sein. Man hielt es andererseits zum Schutze des Schuldners für ausreichend, die Leistungspflicht von der Vorlegung des Hypothekenbriefes abhängig zu machen und dementsprechend den Urteilstenor zu fassen. Auch § 1160 gibt hierüber keine unzweideutige Auskunft. Es scheint aber u. E. doch aus dem 2. Entwurfe hervorzugehen, daß der Gesetzgeber die Urkundenvorlegung nicht als einen Teil der Aktivlegitimation hat betrachtet wissen wollen. Trotzdem vertreten namhafte Schriftsteller[1]) den Standpunkt, daß das Widerspruchsrecht sich gegen die Aktivlegitimation des Klägers wende. Durch die Vorlegung soll der Kläger, sagt Turnau-Förster, nachweisen, daß er schon und noch Gläubiger der Briefhypothek ist, von dem Beklagten dürfe nicht verlangt werden, daß er sich überhaupt mit einem Kläger einlasse, der sich nicht als derzeitiger Gläubiger ausweise. Oberneck begründet seine Ansicht damit, daß der das Recht aus der Briefhypothek hervorbringende dingliche Vertrag erst durch die Aushändigung des Briefes vollendet werde. Deshalb leide bei mangelndem Besitz des Dokuments der Entstehungsgrund der Briefhypothek an einem Gebrechen, das jedes Klagrecht des Gläubigers aufhebe. Ein materielles Klagrecht sei nicht entstanden. Dagegen ist aber u. E. einzuwenden, daß nicht ein-

[1]) Oberneck § 149 Ziff. 2b; Jacobi, Wertpapiere § 52 S. 331; Turnau-Förster 2. Aufl. Nr. 5.

zusehen ist, weshalb man daraus, daß der Gläubiger nicht im Besitze des Briefes sei, folgern soll, daß das Gläubigerrecht gar nicht entstanden oder, wenn entstanden, erloschen sei. Der Gläubiger braucht entsprechend dem Rechtsgrundsatze der Kontinuität der Rechte nur zu beweisen, daß er das Gläubigerrecht erworben hat. Das Fortbestehen wird dann vermutet. Er braucht nicht zu beweisen, daß er es noch hat. Daß das Gläubigerrecht nicht mehr besteht, muß der Beklagte beweisen. Aus dem Verluste des Besitzes folgt weiter kein Verlust des Gläubigerrechts; es würde ja sonst kein Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefs geben können. Ebensowenig wie aus dem Verluste des Briefes darf man aus der Nichtvorlegung desselben ein Erloschen- oder Nichtvorhandensein des Gläubigerrechts folgern; denn wie man den Brief besitzen und vorlegen kann, ohne Gläubiger zu sein, so kann man auch Gläubiger sein, ohne den Brief zu besitzen und vorlegen zu können. Auch der Ansicht, daß in der Vorlegungspflicht eine Art Beweisregel zu sehen sei, kann nicht beigetreten werden. Die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast sind durch § 1160 nicht geändert. Kann der Kläger sein Gläubigerrecht nicht dartun oder beweist der Beklagte, daß der Kläger es verloren hat, so kommt der § 1160 gar nicht in Betracht. Der Kläger wird schon so abgewiesen. Das Vorlegungsverlangen hat auch mit dem Bestreiten des klägerischen Gläubigerrechts und mit der Lehre

vom Urkundenbeweise nichts zu tun, insbesondere auch nichts mit dem prozessualen Editionsverlangen aus §§ 421 ff. ZPO. Die Vorschrift des erwähnten Paragraphen ist vielmehr eine Sonderregelung. Sie will den Schuldner gegen unberechtigten Zugriff schützen. Sie beruht darauf, daß Widerspruch wegen mangelnder Briefurkundenvorlegung erhoben werden kann, mag auch der Kläger sein Gläubigerrecht beweisen oder der Schuldner den Untergang des Rechts nicht bewiesen haben. Das Recht des Schuldners aus § 1160 ist eine formale, im materiellen Recht begründete Befugnis. Es ergibt sich aus der Natur des Hypothekenbriefs. Der § 1160 verleiht dem Hypothekenbriefe einen besonderen Charakter. Er ist nicht Träger des Rechtes, ist aber auch mehr als eine gewöhnliche Schuldurkunde. Bei ihm gehört der Besitz des Papiers nicht wie bei den Inhaber- und Orderpapieren zur Klagbegründung. Andererseits aber ist er für die Geltendmachung Voraussetzung und steht hiermit den gewöhnlichen verbrieften Forderungen gegenüber. Der Hypothekenbrief nimmt eben eine Sonderstellung ein, die darin besteht, daß einerseits der Besitz des Briefs nicht für die Klagbegründung erforderlich ist, und daß er andererseits beim Widerspruch des Gegners Voraussetzung der Geltendmachung ist. Voraussetzung der Geltendmachung ist die Vorlegung aber nicht in der Weise, daß der Gläubiger sie zur Begründung seiner Klage dartun müsse; denn die Vorschrift des § 1160 gehört nicht zu den Bestimmungen des Gesetzes,

die notwendig zum Wesen der Hypothek gehören. Sie betrifft nur das schuldrechtliche Verhältnis, und zwar in der Art, daß dem Eigentümer durch die Nichtvorlegung ein selbständiges Gegenrecht, ein Leistungsverweigerungsrecht gegeben wird. Es bildet deshalb der Vorlegungsanspruch aus § 1160 eine die Geltendmachung der Hypothek ausschließende Einrede. Sie dient als Schutz des Schuldners zu seiner Verteidigung, ist eine aufschiebende Einrede, die den Beklagten berechtigt, bis zur Vorlegung der Urkunden die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern. Fuchs nennt sie die selbständige Einrede der mangelnden Briefvorlegung.[1]) Endemann[2]) spricht das Vorlegungsrecht als eine eigenartige aufschiebende Einrede an, insofern eigenartig, als sie nicht einen dem Klaganspruch materiellrechtlich anhaftenden Hemmungsgrund, z. B. Stundung, geltend macht, sondern durch sie eine Vorleistung vom Kläger begehrt wird. Sie führt zur Klagabweisung.[3]) Die Protokolle meinten dagegen, daß die Vorlegungspflicht des Gläubigers nur eine ins Urteil aufzunehmende Voraussetzung für die Leistungspflicht des Beklagten sei, und daß die Einrede der mangelnden Vorlegung daher nur zur Verurteilung Zug um Zug gegen Vorlegung führe. Dagegen spricht aber insbesondere der

[1]) Fuchs S. 511a.

[2]) Endemann S. 859 u. 837 Anm. 24.

[3]) vgl. Hachenburg, Turnau-Förster, Oberneck und Mittelstein zu § 1160.

Zweck dieser Vorschrift. Sie will den Beklagten davor schützen, daß er an einen Nichtberechtigten zahlt. Der Schuldner hat daher ein rechtliches Interesse, vor seiner Verurteilung den Brief einzusehen; denn dieser gibt ihm Auskunft über sein Rechtsverhältnis zum Gläubiger, er bekundet sein Einrederecht gemäß § 1140 BGB. und ist daher für seine Verteidigung von Bedeutung. Das würde ihm aber abgeschnitten durch eine Verurteilung Zug um Zug. Daher ist an die trotz Widerspruchs nicht erfolgte Vorlegung die Klagabweisung zu knüpfen. Nur so erreicht die Norm des § 1160 ihren eigentlichen Zweck.

Der gerichtlichen Geltendmachung steht die Kündigung oder Mahnung gegenüber, die außergerichtliche Geltendmachung, geregelt durch Abs. 2 des § 1160.

Diese Vorschrift enthält eine praktisch erhebliche Abweichung von dem bisherigen Rechte. Danach genügte es zur Wirksamkeit von Kündigung und Mahnung, wenn der sie Erklärende überhaupt nur dazu berechtigt war oder auch nur nachträglich seine Berechtigung nachwies. Im Bürgerlichen Gesetzbuch dagegen hat bei außergerichtlicher Geltendmachung der Gegner von seinem Rechte auf Vorlegung dadurch Gebrauch zu machen, daß er die Rechtshandlung des Hypothekars unverzüglich zurückweist, und zwar mit der Hervorhebung, daß dies wegen der mangelnden Briefvorlegung geschehe. Nach § 121 BGB. heißt unverzüglich soviel wie ohne schuldhaftes Zögern. Das unverzügliche

Zurückweisen hat die Unwirksamkeit der Geltendmachung zur Folge. Die Beweislast für die formgerechte Zurückweisung trifft den Eigentümer. Der Gläubiger muß beweisen, daß er die Urkunden vorgelegt hat. Eine Kündigung oder Mahnung ist aber auch ohne gleichzeitige Vorlegung der Urkunden wirksam nämlich dann, wenn der Eigentümer aus diesem Grunde dieselbe nicht unverzüglich zurückweist. Auch diese Vorschrift dient bloß der Verteidigung und dem Schutze des Eigentümers. Letzteres erhellt auch daraus, daß die Kündigung und Mahnung als empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte dem Eigentümer zugehen und so die Vorlegung ihm gegenüber erfolgen muß. Unter Umständen bedeutet dies allerdings ein beträchtliches Risiko für den Gläubiger. Trotzdem rechtfertigt das Schutzbedürfnis des Eigentümers diese Vorschrift. Sie will eben dem Eigentümer die Verteidigung seiner Interessen erleichtern und ist bestimmt, dazu zu dienen.

Das Widerspruchs- und Zurückweisungsrecht aus § 1160 ist demnach nicht als ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Gläubigers aufzufassen, sondern als ein Verteidigungsrecht des Eigentümers gegen die Art der Geltendmachung der Hypothek in gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen.

Beide Rechte aber, sowohl das Widerspruchsrecht nach Abs. 1 wie das Zurückweisungsrecht nach Abs. 2, hat der Gesetzgeber im Abs. 3 des § 1160 BGB. dann für nicht gegeben erklärt, wenn die Geltendmachung der

Hypothek lediglich die Forderung auf rückständige Zinsen oder auf Kosten (§ 1159) zum Gegenstande hat. Hier will der Gesetzgeber den Schuldner überhaupt nicht schützen, geschweige denn dem Gläubiger seine Rechtsverfolgung erschweren. Es bleiben hier vielmehr die sonstigen Vorschriften (Obligationenrecht) maßgebend. Zu einer Sonderregelung sah sich der Gesetzgeber nicht veranlaßt.[1])

§ 4.

Da die Vorschrift des § 1160 ihrem Charakter nach Schutzvorschrift des Eigentümers ist, bringt sie für den Gläubiger eine nicht unerhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung sowohl der gerichtlichen wie der außergerichtlichen mit sich. Der Gläubiger muß nämlich bei allen Kündigungen, bei denen es auf die Wahrung einer Frist ankommt, um sicher zu gehen, den Hypothekenbrief, event. auch die Übertragungsurkunden vorlegen bezw. den betreffenden schriftlichen Erklärungen beilegen. Um die Vorlegung zu vermeiden, ist man bei dem heute so ausgedehnten Hypothekenverkehr dahin gekommen, mit dem Schuldner vertragsmäßig zu vereinbaren, daß eine Kündigung und Mahnung auch ohne Vorlegung der im § 1160 gedachten Urkunden wirksam sein soll. Das ist aber nur möglich und ein solcher Vertrag rechtsbeständig, wenn die in Frage kommende Vorschrift durch Vereinbarung ausgeschlossen werden

[1]) Mot. Bd. 3 S. 761 zu § 1121.

kann. Es kommt also darauf an, ob § 1160 jus cogens oder jus dispositivum enthält.

Der § 1160 ist eine Vorschrift des Sachenrechts. Hier gilt im Gegensatz zum Obligationenrechte das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht. Das Sachenrecht wird bekanntlich vom Prinzip des numerus clausus beherrscht. Es können also nur die vom Gesetzgeber vorgesehenen und vorgeschriebenen Rechtsgeschäfte geschlossen werden. Die Parteien aber können die vom Gesetz gegebenen Formen nicht beliebig ändern, natürlich betrifft das Prinzip aber nur die eigentlichen Sachenrechte, d. h. nur die Vorschriften, die das Wesen dieser dinglichen Rechte im Sachenrechte ausmachen. Nun gibt es aber im Sachenrechte nicht bloß Vorschriften rein dinglichen Charakters, sondern es haben, wie bereits dargelegt ist, auch Bestimmungen schuldrechtlicher Natur darin Aufnahme gefunden. Zu diesen gehört auch der § 1160. Es findet daher auf diese Norm das Prinzip des numerus clausus keine Anwendung. Weil aber die Vorschriften schuldrechtlicher Natur im Sachenrechte mit den eigentlich dinglichen in engste Beziehung gebracht sind, so kann für sie nicht schlechthin Vertragsfreiheit gelten. Jedoch wird man, da die Bestimmung des § 1160 im Interesse des Eigentümers gegeben ist und ihm eine dilatorische Einrede gewährt und da eine Einrede nur dann berücksichtigt wird, wenn sie vom Einredeberechtigten vorgebracht wird, insoweit von dem Prinzip des numerus

clausus abweichen können und müssen, daß man dem Eigentümer den Ausschluß dieser Bestimmung gestattet.

In der Literatur gehen die Ansichten über die dispositive Natur der Norm des § 1160 auseinander. Ihre Bejahung oder Verneinung ist besonders für Abs. 1 u. 2 verschieden beantwortet. Eine Reihe von Schriftstellern vermerkt für den Abs. 1 die Ansicht, daß der Eigentümer auf die Befugnis, die Vorlegung der Urkunden im Prozesse zu verlangen, wirksam verzichten könne. Man meint, die Tatsache, daß der Kläger im Besitz des Hypothekenbriefes sei, gehöre zur Begründung der Klage, und der Grundsatz, daß Kläger die zur Begründung der Klage erforderlichen Tatsachen beweisen muß, wenn sie vom Beklagten bestritten werden, sei so fundamental, daß er durch keinen Verzicht aus der Welt geschafft werden könne. Dieser Ansicht Jaeckels[1]) kann aber nicht beigetreten werden. Sie beruht u. E. auf einem Verkennen der Vorschrift des § 1160. Nach den weiter oben stehenden Ausführungen ist doch diese Norm lediglich eine besondere Schutzvorschrift des Schuldners. Es liegt kein Grund vor, weshalb nicht jemand auf ein nur zu seinen Gunsten gegebenes Schutz- und Verteidigungsmittel sollte verzichten können. Hinzu kommt, daß das Widerspruchsrecht kein Bestreiten der Aktivlegitimation bedeutet, eine Ansicht, die wir oben mit Grund abgelehnt haben. Auch das Kammergericht[2])

[1]) Jaeckel in Gruchots Beitr. Bd. 49 Heft 4/5.

[2]) KGJ. Bd. 20.

hat für die Fälle des Abs. 1 die Zulässigkeit des Verzichtes verneint, während es dagegen für die Fälle des Abs. 2 einen solchen zugelassen hat. Es stellt sich auf den Standpunkt, daß der Abs. 1 jus cogens, der Abs. 2 jus dispositivum enthalte. Diese Ansicht begründet es folgendermaßen. Bei der Briefhypothek sei das Recht aus der Hypothek in eine innige Verbindung mit dem Briefe gebracht worden, und zwar in der Art, daß der Brief Ähnlichkeit mit einem Orderpapier habe. Demgemäß sei die Entstehung, die Übertragung und die Verpfändung von der Übergabe abhängig. Mit dieser rechtlichen Natur stehe auch die für die Geltendmachung derselben in § 1160 Abs. 1 getroffene Bestimmung im Einklange, und alle diese aus dem Wesen der Hypothek sich ergebenden Vorschriften seien zweifellos zwingender Natur. Der Abs. 2 dagegen, so meint es, stehe nicht mit dem Wesen der Briefhypothek in Verbindung. Die rechtliche Natur derselben erfordere keineswegs an sich, daß auch schon zur rechtswirksamen Kündigung oder Mahnung der Brief oder die sonstigen Urkunden vorgelegt würden. Es wird dann im weiteren darin, daß die Vorlegung unverzüglich zurückgewiesen werden müsse, der Gegensatz zu Abs. 1 und damit der Grund für die Natur als jus dispositivum gefunden. Dabei ist aber zu gedenken, daß das Widerspruchsrecht nach § 1160 keine Vorschrift ist, die zu den wesentlichen Bestandteilen der Hypothek gehört, und daß deshalb zu der Geltendmachung nach Abs. 1 an sich die Vorlegung

keineswegs nötig ist. Auch ohne Briefvorlegung kann der Gläubiger sein Recht geltend machen, und wenn der Beklagte nicht widerspricht, dann dringt er mit seiner Klage durch. Dies ist u. E. vom Kammergericht nicht genügend berücksichtigt. Und wenn nun der Kläger mit seiner Klage durchdringt, wenn der Beklagte von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch macht, weshalb soll dann nicht auch der Beklagte auf dieses Recht verzichten können. Seine Rechtsposition bleibt am Ende die gleiche. Das Gesetz will es eben dem Widerspruchsberechtigten überlassen, ob er wie auf sonstige Befugnisse, so auch auf das Widerspruchsrecht verzichten will. Dann aber ist auch die schroffe Gegenüberstellung des Abs. 1 u. 2 nicht richtig. Es enthält der Abs. 1 die allgemeine Regel für die Geltendmachung jeder Art, der Abs. 2 ist als eine Anlehnung an ein häufig wiederkehrendes Prinzip zu verstehen, das überall im Bürgerlichen Gesetzbuch gleichmäßig geregelt ist; man vergleiche hierzu die §§ 111, 174, 182 Abs. 3, 410 u. 1831 BGB. Sie alle gehören zu den Fällen, wo das Gesetz bei Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes bezw. Rechtshandlung dem, der es vornimmt, die Vorlegung gewisser Legitimationsurkunden auferlegt, widrigenfalls der andere Teil, demgegenüber das Geschäft vorgenommen wird, dieses zurückweisen und darauf unwirksam machen kann. Die Gleichartigkeit ihres Wesens hat den Anlaß zu ihrer übereinstimmenden Behandlung im Gesetze gegeben. All diese Vorschriften

verfolgen auch denselben Zweck. Es soll der, der sich von dem Berechtigten und von keinem andern die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gefallen lassen muß und den daraus für ihn entspringenden Rechtsfolgen nicht entziehen kann, in die Lage versetzt werden, alsbald in dem Zeitpunkt, wo das Geschäft ihm gegenüber vorgenommen wird, festzustellen, ob der Handelnde auch wirklich zu diesem Geschäfte befugt ist. Eben dasselbe verfolgt aber auch der Abs. 1 des § 1160. Auch er will den Eigentümer gegen unbefugten Zugriff Dritter schützen. Beide Absätze beruhen daher auf derselben Idee. Beide haben denselben Zweck, nur ist der Abs. 2 in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Prinzip gebracht worden.

Zahlreiche Kommentare des Sachenrechts haben sich für die Zulässigkeit des Verzichtes erklärt.[1])

Das Reichsgericht hat bisher nur zu dem Abs. 2 Stellung genommen, und zwar bei der Frage: Kann der Eigentümer mit Wirksamkeit auch für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten, eine Kündigung oder Mahnung des Gläubigers einer Briefhypothek als unwirksam zurückzuweisen, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief und die sein Gläubigerrecht nachweisenden Urkunden vorlegt, und kann ein solcher Verzicht ins

---

[1]) Planck Bd. 3 S. 632; Biermann Bd. 3 S. 368; Cober S. 463 Nr. 2; Oberneck Bd. 2 S. 925 u. a.; dagegen Neumann und Kretzschmar, vgl. Anm. zu § 2160.

Grundbuch eingetragen werden.[1]) Im Ergebnis hat das Reichsgericht so entschieden wie das Kammergericht, nur die Begründung ist eine andere. Und daraus läßt sich schließen, daß die Frage bezüglich des Abs. 1 des § 1160 ebenso beantwortet wird.

Des Abs. 2 haben wir schon soeben Erwähnung getan. Bei ihm geht die allgemeine Meinung dahin, daß der Verzicht zulässig sei.

Gemäß unserer obigen Ausführung ist es natürlich für uns ein notwendiges Bedürfnis, die Frage nach der Zulässigkeit des Verzichtes in beiden Fällen zu bejahen.

Wir kommen also zu dem Resultate, daß sowohl der Abs. 1 wie Abs. 2 dispositiver Natur ist.

Es ist nun in der bisherigen Ausführung in verschiedenem Sinne vom Verzichte die Rede gewesen, insbesondere dahin, daß der Eigentümer bei der Geltendmachung des Gläubigerrechts auf seinen Vorlegungsanspruch verzichtet, und dann in der Weise, daß der Eigentümer schon vor der Geltendmachung sein Recht aufgibt. Es sind also zwei Fälle zu unterscheiden. In dem letzteren handelt es sich um die vertragliche Ausschaltung des dispositiven Vorlegungsrechtes. Hierzu genügt natürlich eine einseitige Verzichtserklärung nicht, sondern beide Parteien müssen dahin übereinkommen, daß diese Bestimmung für sie nicht gelten soll. Dieser Ausschluß ist der vertragsmäßige. Ihm steht gegenüber

[1]) RG. in Zivils. Bd. 57 S. 342 ff.

der einseitige Verzicht auf das Vorlegungsrecht. Hierzu ist hinwiederum keine doppelte Willenserklärung erforderlich, sondern es reicht hier die einseitige Verzichtserklärung des Verzichtenden hin, gleichgültig ob sie ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgt. Zu beachten ist hierbei, daß man ein Recht einseitig nur aufgeben kann, wenn es schon vorhanden ist, und daß folglich der einseitige Verzicht erst dann erklärt werden kann, wenn das betreffende Recht, worauf verzichtet werden soll, existent geworden ist, das heißt für den § 1160, wenn die Geltendmachung der Hypothek erfolgt ist. Der vertragsmäßige Ausschluß dagegen erfordert nicht, daß das auszuschließende Recht schon zur Zeit des Ausschlusses vorhanden ist. Es kann deshalb vertragsmäßig auch schon im voraus auf die durch § 1160 gewährte Befugnis verzichtet werden.

Für beide Fälle ist nun zunächst daran festzuhalten, daß vom Gesetzgeber regelrecht niemand gezwungen wird, von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch zu machen. Unterläßt der Berechtigte dies, so darf er sich freilich nicht wundern, wenn ihm hieraus Nachteile entspringen; er hat es ja so gewollt. Dieser Grundgedanke trifft für beide Fälle zu. Es ist deshalb sowohl der einseitige Verzicht auf das Vorlegungsrecht wie der vertragsmäßige Ausschluß desselben entsprechend dem dispositiven Charakter der Vorschrift des § 1160 zulässig. Insoweit besteht zwischen ihnen kein Unterschied. Die Unterscheidung zwischen einseitigem und

vertragsmäßigem Ausschluß ist aber von Bedeutung für die Frage nach der Eintragbarkeit. Da der einseitige Verzicht das Existentwerden des fraglichen Rechtes zur Voraussetzung hat, also von der erfolgten Geltendmachung der Hypothek abhängig ist, so kann naturgemäß auch nicht schon vorher eingetragen werden. Die Eintragung des einseitigen Verzichtes muß daher als unzulässig bezeichnet werden. Anders liegt dies bei dem vertragsmäßigen Ausschluß des Vorlegungsrechtes. Es fragt sich daher also, ob der im voraus erfolgende Ausschluß eintragungsfähig ist. Wir sahen, daß die Vorschrift des Paragraphen obligatorischer Natur ist. Verpflichtungen obligatorischer Art sind nun schlechthin nicht eintragungsfähig und werden es nur dann, wenn ihm diese Eigenschaft durch Gesetz besonders beigelegt wird. Das ist bei dem vertraglichen Ausschlusse nicht geschehen. Man muß deshalb erwägen, ob man dem Bedürfnis der Praxis nicht dadurch entgehen kann, daß man den vertraglichen Ausschluß jener Norm unter eine im Gesetz erlaubte Art von Möglichkeiten subsumiert, die eintragsfähig sind. Dafür hat das Reichsgericht auf den Weg über § 1115 Abs. 1 hingewiesen und die Eintragsfähigkeit daraus hergeleitet, daß sich der Verzicht auf Vorlegung des Briefes und der Übertragungsurkunden bei der Kündigung und Mahnung als eine eintragsfähige, zur Bezeichnung der Forderung dienende Modifikation der Zahlungsbedingungen darstelle. Die Eintragung von Bedingungen betreffend die Kündigung und Mahnung ist nach

§ 1115 Abs. 1 zugelassen. Danach kommen Bestimmungen, die zur Bezeichnung der Forderung getroffen werden und nicht bei der Eintragung der Hypothek angegeben werden müssen, z. B. Gläubiger, Geldbetrag der Forderung, Zinssatz und Nebenleistungen, dadurch zur Eintragung, daß im Eintragungsvermerke auf die Eintragungsbewilligung, in der sie enthalten sind, Bezug genommen wird. Zu den Bestimmungen der Eintragungsbewilligung, deren Eintragung durch Bezugnahme ersetzt werden kann, gehören zweifellos auch die Zahlungsbedingungen, die Zeit, der Ort und die Art der Zahlung und, falls es einer Kündigung bedarf, die Bestimmung darüber, wie und unter welchen Umständen die Kündigung erfolgen soll. Es steht den Parteien daher auch nichts im Wege, die Kündigung und Mahnung so zu regeln, daß der Eigentümer befugt sein soll, die Kündigung und Mahnung als unwirksam zurückzuweisen, wenn auf sein Verlangen der Gläubiger den Brief oder die sonstigen Urkunden nicht unverzüglich vorlegt. Eine solche Bestimmung ist daher eintragungsfähig.

Bezüglich der Eintragung eines vertraglichen Ausschlusses auf das Recht auf Abs. 1 des § 1160 hat das Reichsgericht bisher keine Gelegenheit gehabt, sich auszusprechen. Folgerichtig aber wird es diese Frage ebenso beantworten müssen. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß Abs. 1 u. 2 des § 1160 dieselbe rechtliche Natur haben, und daß auch das Reichsgericht den Abs. 1 nicht in einen scharfen Gegensatz zum Abs. 2 stellt.

Es ist kein weiter Schritt, wenn man das, was für den Abs. 2 gilt, auch auf den Abs. 1 anwendet. Es ist daher kein Bedenken zu tragen, den vertragsmäßigen Ausschluß des Vorlegungsrechts des Eigentümers gegen die Geltendmachung der Hypothek sowohl im Fall des Abs. 1 wie im Abs. 2 als eintragungsfähig zu erachten.

Diese Ansicht wird auch von der Mehrzahl der Autoren in der Literatur vertreten.

Die auf diesem Wege für den vertraglichen Ausschluß sich ergebende Eintragungsfähigkeit ist nicht bedeutungslos, denn durch die Eintragung erhält der an sich obligatorische Ausschluß dinglichen Charakter, so daß er jetzt auch für und gegen Dritte Wirkung hat.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Die Vorschrift des § 1160 ist dispositiver Natur, der einseitige Verzicht auf das Vorlegungsrecht ist zwar zulässig, aber nicht eintragungsfähig. Der vertragliche Ausschluß des erwähnten Rechts ist ebenfalls zulässig und außerdem als Modifikation der Zahlungsbedingungen trotz seiner an sich obligatorischen Natur, da es auf diese Weise in die Hypothek hineingezogen wird, auch der Eintragung ins Grundbuch fähig. Die Eintragung hat die Bedeutung, daß der vertragsmäßige Ausschluß jetzt auch für und gegen Dritte wirkt.

§ 5.

Als das Gesamtergebnis unserer Untersuchung möchten wir folgendes bezeichnen:

Die Vorschrift des § 1160 BGB. enthält keine Bestimmung, die zu den wesentlichen Momenten der Hypothek, insbesondere der Briefhypothek gehört. Sie betrifft vielmehr das neben dem eigentlich dinglichen Verhältnisse vorhandene obligatorische Verhältnis zwischen Hypothekar und Eigentümer. Die Vorlegung des Briefes gehört deshalb nicht zur Begründung der Klage und somit auch nicht zur Aktivlegitimation des Klägers. Wenn der Eigentümer die Vorlegung des Briefes verlangt, wendet er sich daher nicht gegen die mangelnde Aktivlegitimation des Hypothekars, sondern macht von einem ihm gegebenen Verteidigungsrechte — dilatorischer Einrede — Gebrauch, das nicht zur Verurteilung Zug um Zug, sondern zur Klagabweisung führt. Als Vorschrift schuldrechtlicher Natur wird sie, obwohl im Sachenrecht enthalten, nicht vom Prinzip des numerus clausus beherrscht. Sie hat dispositiven Charakter. Es ist deshalb sowohl der einseitige Verzicht auf das Vorlegungsrecht aus § 1160 sowie der vertragliche Ausschluß desselben zulässig. Der einseitige Verzicht ist aber nicht eintragbar. Der vertragliche Ausschluß der Rechte aus § 1160 ist als Modifikation der Zahlungsbedingungen der Eintragung fähig und erhält dadurch Wirkung für und gegen Dritte, wird also dinglich.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.